

Leitfaden zur arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Einordnung

I. Allgemeines

Im Folgenden soll ein Überblick über die grundsätzlich bestehenden Beschäftigungsmöglichkeiten in Zusammenhang mit einer Konsiliartätigkeit gegeben werden. Voranzustellen sind insbesondere zwei Aspekte:

- Eine Qualifizierung hinsichtlich der konkreten Beschäftigungsform erfolgt letztlich (ausschließlich) durch den/die Sozialversicherungsträger und ist der beruflichen Interessenvertretung entzogen.
- Diese Qualifizierung ist stets einzelfallabhängig und stellt auf die gelebte Praxis ab, sodass eine abschließende verbindliche „Einstufung“ in Fallgruppen nicht möglich ist.

II. Definition des Konsiliartierarztes

Das Tierärztegesetz (künftig: TÄG) enthält keine Legaldefinition der Tätigkeit als *Konsiliartierarzt* (künftig: Konsil-TA). Diese Beschäftigungsform hat sich in der Praxis herausgebildet und umfasst sowohl TÄ, die darüber hinaus eine Ordination führen als auch solche, die *de facto* wie Wohnsitz-TÄ tätig werden.

Für den Bereich der Humanmedizin lässt sich ein Konsiliararzt als ein „aus Diagnosegründen, zur Festlegung der operativen Vorgehensweise, zu Therapiezwecken oder dergleichen [Steiner, RdM 1998, 70]“ bzw. „zur Beratung zugezogener Spezialist“ [Steiner, ZAS 2007/33 zu VwGH 81/08/0143] beschreiben.

Aufgrund der vergleichbaren Tätigkeit und des Mangels einschlägiger Judikatur bzw. Literatur werden diese Definitionen auch für TÄ herangezogen werden können.

III. Tätigkeitsformen und ihre Merkmale

Abstrakt betrachtet kommen als rechtliche Grundlage für die Erbringung von Konsiliartätigkeiten folgende Vereinbarungsformen in Frage:

- a. echtes Dienstverhältnis
- b. freies Dienstverhältnis
- c. freiberuflicher Werkvertrag

Die Zuordnung ist dabei stets einzelfallbezogen und folgt der tatsächlich gelebten Praxis. Es handelt sich um sogenannte „Typusbegriffe“, sodass die Einteilung nach einem **Überwiegen der wesentlichen Merkmale** zu erfolgen hat („bewegliches System“).

Voranzustellen ist jedoch, dass die **Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung** Grundvoraussetzung für das Vorliegen eines **echten Dienstverhältnisses** ist.

a. echtes Dienstverhältnis

Kurzbeschreibung: Erbringung von Dienstleistungen für einen anderen in einem Dauerschuldverhältnis, wobei eine persönliche Abhängigkeit des Dienstnehmers besteht.

Das Vorliegen einer persönlichen Abhängigkeit bzw eines echten Dienstverhältnisses ist insbesondere durch folgende Merkmale gekennzeichnet:

- **Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung**
 - Grundvoraussetzung für das Vorliegen eines echten DV;
 - maßgeblich ist, dass kein generelles Vertretungsrecht besteht, sich der Konsil-TA also nicht generell nach seiner Entscheidung hinsichtlich der fachlichen Verrichtungen durch einen Kollegen vertreten lassen kann;
 - die Möglichkeit einer urlaubsweisen Vertretung schließt das Vorliegen eines echten DV jedoch nicht aus – dies ist nicht mit einer "jederzeit durch eine dritte Person erbringbaren Leistung" zu vergleichen;

- ein echtes DV ist ausgeschlossen, wenn ein „generelles sanktionsloses Ablehnungsrecht“ besteht – dh, wenn eine generelle Vertretungsbefugnis besteht oder die Erbringung bereits übernommener Leistungen jederzeit nach Gutdünken ganz oder teilweise sanktionslos abgelehnt werden kann;

- **Bindung an einen Arbeitsort**
 - Bindung an einen vertraglich vereinbarten oder durch den Dienstgeber bestimmten Ort der Leistungserbringung, sofern aus der Art der Tätigkeit eigentlich keine Bindung notwendig wäre;
 - für die vorliegenden Fallgestaltungen bei Konsil-TÄ stellt dieser Umstand höchstens ein nachrangiges Merkmal dar, da die Art der Tätigkeit regelmäßig eine Bindung an eine Ordination erfordern wird;

- **Bindung an Arbeitszeiten**
 - Anwesenheitspflichten bzw vertraglich vereinbarte Arbeitszeiten – Bindung an Anwesenheitstage/Ordinationszeiten;
 - Einhaltung eines vorgegebenen Arbeitsbeginns und -endes sowie hinsichtlich der Dauer und Lage von Pausen;
 - unter Umständen Erbringung von Mehrarbeit auf Anordnung oder (ständige) Erreichbarkeit;
 - Vereinbarung der Lage der Arbeitszeiten oder von Dienstleistungen nach Schichtplänen;
 - Notwendigkeit einer *ad hoc*-Verfügbarkeit;

- **Nutzung (wesentlicher) Betriebsmittel des Arbeitgebers**
 - Eingliederung in und Nutzung der Betriebsorganisation der Ordination;
 - Werden sämtliche für die Leistungserbringung wesentlichen Betriebsmittel durch den Dienstgeber gestellt, ist in der Praxis regelmäßig von einem echten DV auszugehen – die

- Zurverfügungstellung der Ordinationsräumlichkeiten sowie von medizinischem Assistenzpersonal indiziert dabei ein echtes DV
- Bereitstellung eigener wesentlicher Betriebsmittel schließt das Vorliegen eines echten DV insbesondere dann nicht aus, wenn dies aus der Art der Dienstleistung nicht untypisch ist (eigenes Chirurgie-Besteck);
 - die Mitnahme spezieller Gerätschaften kann Selbstständigkeit indizieren, wobei jedoch andere Faktoren hinzutreten müssen;
- **Weisungsgebundenheit & Kontrollunterworfenheit**
 - hinsichtlich des arbeitsbezogenen persönlichen Verhaltens (Meldevorschriften, Krankmeldungen, Arbeitskleidung, Verhalten gegenüber Kunden, etc);
 - Möglichkeit, durch sachliche Weisungen immer wieder andere Arbeiten zuzuweisen;
 - Achtung: es bedarf keiner Weisungskompetenz in fachlicher Hinsicht – dabei bleibt der Tierarzt weisungsfrei;
 - **Bindung an betriebliche Ordnungsvorschriften**
 - Anwesenheitspflichten sowie die Einhaltung von Arbeitsverfahren;
 - Bindung an interne Arbeitsabläufe;
 - je mehr sich der Konsiliararzt der Administration durch die Ordination bedient und sich hinsichtlich der Arbeitsweise der Ordination anpasst, desto eher deutet dies auf ein echtes Dienstverhältnis hin (bspw: die Terminvereinbarung läuft über die Ordination);
 - **Verrechnung und Außenauftritt**
 - ein gemeinsamer Außenauftritt in der Form, dass eine Bewerbung nach außen etwa auf der Homepage der Ordination erfolgt, indiziert eine Einbindung in den Betrieb und damit das Vorliegen eines echten Dienstverhältnisses;
 - **PRAXISTIPP:** vergleichbar zu anderen Freiberuflern (Rechtsanwälten) sollte bei einem gemeinsamen Web-Auftritt

zur Vermeidung der Einbindung stets darauf geachtet werden, dass beispielsweise bloß *in ständiger Kooperation* gearbeitet wird – zu vermeiden ist dabei eine Führung als Teammitglied (Mitarbeiter);

- Kostentragung/Auslagenersatz von diversen Aufwendungen durch die Ordination ist ein Indiz für einen echten Dienstvertrag
- werden die Honorare aber beispielsweise unmittelbar durch die Tierhalter an den Konsiliararzt bezahlt, spricht dies entscheidend gegen das Vorliegen eines echten Dienstverhältnisses (vgl 9 ObA 210/93);

▪ **Regelmäßigkeit/Dauerhaftigkeit**

- Dauerhafte Tätigkeit für einen einzigen Auftraggeber gilt gerade in der Praxis als wichtiges Indiz für eine Scheinselbstständigkeit bzw das Vorliegen eines echten Dienstverhältnisses;
- so auch wenn ein Konsil-TA seine Zeit, Geräte und Fachkenntnisse regelmäßig (zB jede zweite Woche) zur Verfügung stellt;

b. freies Dienstverhältnis

Kurzbeschreibung: Auch der freie Dienstvertrag ist ein Dauerschuldverhältnis, wobei Inhalt die Erbringung gattungsmäßig umschriebener Dienste auf Zeit ist. Die Abgrenzung zum echten Dienstverhältnis erfolgt über das Fehlen vom Merkmal der persönlichen Abhängigkeit.

Es ist insbesondere durch folgende Merkmale gekennzeichnet:

- keine oder geringe persönliche Abhängigkeit
- weitgehend freie Wahl von Arbeitszeit und Arbeitsort
- Keine Kontrollunterworfenheit
- Keine Einbindung in den Betrieb des „Auftraggebers“
- Möglichkeit, sich generell vertreten zu lassen – je nach Vorliegen der übrigen Merkmale, schadet auch eine grundsätzliche persönliche

Leistungserbringung nicht, da ja durchaus nicht unüblich ist, Interesse an den Leistungen einer bestimmten Person zu haben;

- Möglichkeit, den Ablauf der Arbeit selbst zu regeln und jederzeit zu ändern (RIS-Justiz RS0021518)
- damit weitgehend frei von Beschränkungen des persönlichen Verhaltens

c. freiberuflicher Werkvertrag

Kurzbeschreibung: Der Auftragnehmer schuldet die Lieferung oder Erfüllung eines Werkes - es handelt sich um ein Zielschuldverhältnis. Beispielhaft zu nennen wären hier wohl das Anfertigen einer Röntgenaufnahme, das Stellen einer Diagnose sowie allenfalls (je nach Ausgestaltung) auch chirurgische Eingriffe.

Er ist insbesondere durch folgende Merkmale gekennzeichnet:

- Einsatz eigener Betriebsmittel und Planung
- Möglichkeit, sich generell vertreten zu lassen
- Keine oder geringe persönliche Abhängigkeit
- Freie Wahl von Arbeitszeit und Arbeitsort
- Keine Kontrollunterworfenheit
- Keine Einbindung in den Betrieb des „Auftraggebers“

IV. Sozialversicherungsrechtliche Behandlung

Die sozialversicherungsrechtliche Behandlung hängt von der Grundlage der Leistungserbringung ab und eröffnet unterschiedliche Möglichkeiten:

a. echtes Dienstverhältnis

Werden Konsil-TÄ im Rahmen eines echten Dienstverhältnisses tätig, besteht – sofern die Einkünfte aus dieser Beschäftigung über der Geringfügigkeitsgrenze liegen – im Rahmen dieses Anstellungsverhältnisses eine **Vollversicherung nach ASVG**.

ACHTUNG: Besteht wegen der weiteren freiberuflichen Tätigkeit eine Mehrfachbeschäftigung, kann es entweder zu einer Differenzvorschreibung oder einer Doppelversicherung ohne Anrechnung (im Rahmen der Gruppenversicherung) hinsichtlich der Krankenversicherung kommen.

b. freies Dienstverhältnis

Es besteht eine GSVG-Pensionsversicherung gemäß § 2 Abs 1 Z 4 GSVG sowie eine Unfallversicherung (Teilversicherung) gemäß § 8 Abs 1 Z 3 lit a) ASVG.

Hinsichtlich der Krankenversicherung haben derart ausschließlich selbstständig tätige TÄ die Wahl zwischen einer gesetzlichen Krankenversicherung nach § 14a GSVG, einer Selbstversicherung nach § 16 ASVG oder der Gruppenkrankenversicherung bei der Wiener Städtischen.

[Anm: § 4 Abs 4 ASVG ist demgegenüber nicht einschlägig, da eine selbstständige Tätigkeit, die die Zugehörigkeit zu einer der Kammern der freien Berufe begründet, ausgeübt wird.]

c. freiberuflicher Werkvertrag

Hier bestehen in der Praxis keine Unterschiede zur Selbstständigkeit im Rahmen von freien Dienstverhältnissen.

Unterschiede ergeben sich lediglich hinsichtlich der Zielrichtung des Tätigwerdens. Nicht jedoch hinsichtlich der sozialversicherungsrechtlichen Behandlung.

V. Rechtsfolgen einer Umqualifizierung

Regelmäßig erfolgt die Überprüfung und allenfalls Umqualifizierung von Dienstverhältnissen im Rahmen einer GPLA- bzw. GPLB-Prüfung. Die Umqualifizierung führt für den – nunmehr als Arbeitgeber qualifizierten – Auftraggeber zu sozialversicherungs-, arbeits- und abgabenrechtlichen Kosten.

A. Sozialversicherungsrecht

Der Arbeitgeber muss grundsätzlich die gesamten Sozialversicherungsabgaben rückwirkend für bis zu 5 Jahre nachzahlen. Als Berechnungsgrundlage werden die bisher ausgezahlten vermeintlichen „Honorare“ herangezogen. Abführungspflichtig ist der Arbeitgeber dabei sowohl für die arbeitgeber- als auch die arbeitnehmerseitigen Abgaben.

B. Arbeitsrecht

Arbeitsrechtlich hat die Differenzierung zwischen einem echten Dienstverhältnis und selbstständigen Beschäftigungsformen nachhaltige Folgen. Sollte ein Vertragsverhältnis demnach als echtes Dienstverhältnis qualifiziert werden, ist insbesondere Folgendes zu beachten:

- i. Generelle Anwendbarkeit des Arbeitsrechtes und seiner Schutzbestimmungen, wie insbesondere
 - o Kündigungsschutzvorschriften,
 - o Arbeitszeit- und -ruhevorschriften,
 - o Elternteilzeitansprüche,
- ii. Erhebliches Nachzahlungsrisiko hinsichtlich der Sonderzahlungen für die Vergangenheit (Urlaubs- und Feiertagsentgelte);
- iii. Urlaubsanspruch *pro futuro*;
- iv. Entgeltfortzahlungsanspruch im Krankheitsfall;
- v. Haftungserleichterungen nach DHG (unter der Prämisse, dass kein Behandlungsvertrag zum Konsiliartierarzt zustande kommt, hat dieser gegenüber einem Regress durch den Arbeitgeber ein deutlich herabgesetztes Haftungsmaß) – ACHTUNG: für freie DV gilt das DHG analog;

C. Abgabenrecht

Maßgeblich sind im Falle einer Umqualifizierung insbesondere folgende Umstände:

- i. Rückabwicklung/Rückzahlung des Vorsteuerabzuges (für Dienstnehmer ist der Ausweis der USt unzulässig, weshalb abgezogene Vorsteuern [für alle noch nicht veranlagten Jahre] zurückgezahlt werden muss);
- ii. Sofern auch steuerrechtlich eine Umqualifizierung erfolgt: Haftung des Arbeitgebers für Einkommenssteuerschulden bis zur Höhe der eigentlich abzuführenden Lohnsteuer;

VI. Fallgruppen

Abschließend soll anhand beispielhafter Fallgruppen ein Anwendertool bereitgestellt werden, um einen ersten Vorab-Selbstcheck zu ermöglichen. Bereits an dieser Stelle sei jedoch ebenfalls das Beurteilungsformular der WKO vorgestellt, welches anhand ausgewählter Fragen einen Selbsttest bereitstellt. Dieses wurde durch die Fachgruppe für Freizeit- und Sportbetriebe in Abstimmung mit dem Kompetenzzentrum der WKO konzipiert und lässt sich grundsätzlich für eine erste Einschätzung heranziehen – den Test finden sie unter wko.at/site/Fitnessbetriebe/Scheinselbstaendigkeit-.html (bitte beachten Sie jedoch, dass einige der allgemeinen Informationen möglicherweise nicht aktuell gehalten werden).

Letztlich erfolgt die Qualifizierung jedoch von behördlicher Seite und stellt auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt der gelebten Praxis ab, sodass die nachfolgende Gruppenbildung lediglich als Orientierungshilfe verstanden werden kann:

Konsiliar Typ 1:

- die Vereinbarung mit der Ordination sieht vor, dass der Konsiliar (zB Spezialisierung Chirurgie) alle 14 Tage, jeweils Mittwoch zwischen 10:00 und 15:00 Uhr, in der Ordination zugegen ist;
- während dieser Anwesenheit verrichtet er Operationen, wobei die entsprechenden Termine über die Ordination vergeben werden;
- vereinbarungsgemäß nimmt der Konsiliar sein Chirurgiebesteck selbst mit und operiert in den Räumlichkeiten der Ordination, wobei er – sofern für den Eingriff erforderlich – die „Tierarzthelfer*innen“ der Ordination zur Assistenz heranzieht;
- seine „Honorarnoten“ legt der Konsiliar dabei der Ordination, die diese weiterverrechnet;
- für seine urlaubsbedingte Abwesenheitszeiten werden Wohnsitztierärzte (dh Praxisvertretungen iSd § 14 Abs 6 TÄG) herangezogen;

➔ **Konsiliar Typ 1 erfüllt alle maßgeblichen Merkmale eines echten Dienstnehmers**

Konsiliar Typ 2:

- die Vereinbarung mit der Ordination sieht vor, dass der Konsiliar bei Bedarf kontaktiert wird – im Anlassfall wird ein Termin vereinbart, zu dem der Konsiliar in die Ordination kommt;
- vereinbarungsgemäß nimmt der Konsiliar seine für den Eingriff/die Untersuchung erforderlichen Geräte selbst mit, wobei er in den Räumlichkeiten der Ordination tätig wird;
- grundsätzlich ist vereinbart, dass der Konsiliar selbst erscheint, wobei er sich anlassbezogen über eigenständige Organisation vertreten lassen kann;
- die Abrechnung erfolgt mittels Honorar an die Ordination;

➔ **Konsiliar Typ 2 erfüllt überwiegend Merkmale einer selbstständigen Tätigkeit;** die grundsätzliche persönliche Leistungserbringung schadet nicht

Konsiliar Typ 3:

- die Vereinbarung mit der Ordination sieht vor, dass der Konsiliar bei Bedarf kontaktiert wird – im Anlassfall wird entweder ein Termin vereinbart, zu dem der Konsiliar in die Ordination kommt oder ein Termin wird direkt zwischen Konsiliar und Tierhalter vereinbart;
 - sofern der Konsiliar in der Ordination tätig wird, kann er auf die Räumlichkeiten und das Personal zurückgreifen – einige medizinische Geräte nimmt er selbst mit, andere werden von der Ordination gestellt;
 - die Abrechnung erfolgt unmittelbar zwischen Konsiliar und dem Tierhalter, wobei die Ordination eine „Provision“ aus dem Rahmenvertrag erhält;
 - auf der Website der Ordination wird auf die Kooperation mit dem Konsiliar hingewiesen (er wird dabei nicht als Teammitglied geführt, sondern als *Kooperationspartner*)
- ➔ **Konsiliar Typ 3 weist überwiegend wesentliche Merkmale einer selbstständigen Tätigkeit (freies DV oder Werkvertrag) auf;** die Nutzung von Betriebsmitteln fällt demgegenüber nicht ausreichend ins Gewicht

Konsiliar Typ 4:

- nach dem schriftlichen Vertrag ist nur die Erbringung von einzelnen Leistungen nach jeweiliger Vereinbarung vorgesehen, wobei ausdrücklich vereinbart ist, dass sich der Konsiliar vertreten lassen kann;
- tatsächlich hat der Konsiliar jedoch – je nach Bedarf der Ordination – *ad hoc* seine Dienstleistungen zu erbringen und ist ausschließlich für diese Ordination tätig;
- die Termine und Behandlungen werden über die Ordination vereinbart und abgerechnet;
- es besteht ein gemeinsamer Außenauftritt in Form eines Hinweises auf der Homepage;

- **Konsiliar Typ 4 erfüllt alle wesentlichen Merkmale eines echten Dienstverhältnisses;** der wahre wirtschaftliche Gehalt der tatsächlichen Abwicklung ist maßgeblich

Konsiliar Typ 5:

- der Konsiliar steht zwei Ordinationen vereinbarungsgemäß in einem zweiwöchigen Rhythmus zur Verfügung, wobei der Wochentag grundsätzlich Mittwoch bzw Donnerstag ist – bei einer Verhinderung wird durch den Konsiliar ein anderer Tag bekanntgegeben;
- darüber hinaus kommt der Konsiliar im Anlassfall nach Terminvereinbarung in die Ordination, um Eingriffe vorzunehmen;
- Die Verrechnung erfolgt unmittelbar zwischen Konsiliar und dem Tierhalter;
- bei den Eingriffen bringt der Konsiliar seine fachspezifischen medizinischen Utensilien mit, darf sich aber des vorhandenen Personals für die Assistenz bedienen;
- die Ordinationen werben auf ihren Websites jeweils mit dem Konsiliar als Kooperationspartner;

- **Bei Konsiliar Typ 5 überwiegen die Merkmale der Selbstständigkeit;** die grundsätzlich „fixe“ Arbeitszeiteinteilung wird durch die Möglichkeit zur sanktionslosen Ablehnung entschärft

Wien, am 30.11.2022

Disclaimer: Alle Angaben in diesem Leitfaden dienen ausschließlich einer allgemeinen, unverbindlichen Information und Selbsteinschätzung. Die Informationen werden nach bestem Wissen und mit größter Sorgfalt zur Verfügung gestellt, wobei die Autoren sowie GERLACH LÖSCHER | Littler Rechtsanwälte keine Haftung für die Richtigkeit, Vollständigkeit oder Aktualität übernehmen.